jurídica

TERCERA ETAPA • AÑO 13

Martes 17 de setiembre de 2024

● 913

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE EL PERUANO

Sentencia fuente: Innovación en la justicia

LA RELEVANCIA DE ESTA TÉCNICA PROCESAL EN RELACIÓN CON LA MOTIVACIÓN EN SERIE

PÁGINA 2 CARLOS CALDERÓN PUERTAS

PÁG. 3. LA FÓRMULA LEGISLATIVA “DEBÍA PRESUMIR” EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN PERÚ. **RAÚL ARTICA TABOADA**

PÁGS. 4, 5 Y 6. ¿ES POSIBLE EL FACTORING SIN FACTORING? CONOZCA UNA OPERACIÓN DE FINANCIAMIENTO. **MARTÍN ZECENARRO**

PÁG. 7. EL FACTORING: BENEFICIO, RIESGO Y DELITO. ASPECTOS RELEVANTES A TENER EN CUENTA. **ROBERTO NORIEGA**

PÁG. 8. ¿ES APLICABLE LA LICENCIA SOCIAL EN LA MINERÍA PERUANA? **DIEGO SAN MARTÍN VILLAVERDE**

IMPACTO EN LA MOTIVACIÓN EN SERIE

Sentencia fuente: pilar de la innovación judicial

Una Corte de Precedentes puede reducir incertidumbre si proporciona pautas claras y decisiones uniformes, aumentando así su prestigio y eficacia.

CARLOS **CALDERÓN PUERTAS**

JUEZ SUPREMO DEL PODER JUDICIAL.

El artículo 9°.2 de la Ley N° 27584 prescribe que en los procesos contenciosos administrativos es posible utilizar la técnica procesal de la motivación en serie. La norma de manera específica señala lo que sigue:

Son facultades del órgano jurisdiccional las siguientes:

2.- Motivación en serie. Las resoluciones judiciales deben contener una adecuada motivación. Cuando se presenten casos análogos y se requiera idéntica motivación para la resolución de los mismos, se podrán usar medios de producción en serie, siempre que no se lesionen las garantías del debido proceso, considerándose cada uno como acto independiente.

A pesar de lo allí expresado, la disposición fue olvidada y, en la práctica, resultó inoperativa, salvo si se exceptúa el intento de darle eficacia con la Resolución Administrativa N° 211-2013-CEPJ, de fecha 2 de octubre del 2013, expedida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, que aprobó la Directiva N° 008-2013-CE-PJ, denominada “Pautas para resolver casos análogos en materia contenciosa administrativa”. Ese esfuerzo, sin embargo, fue casi imperceptible, por lo que la motivación en serie fue dejada de lado en el escenario jurídico nacional.

Sin embargo, en el 2024, tanto la Primera como la Quinta Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema han diseñado reglas procedimentales y han puesto en giro la indicada técnica procesal.

Así, la Quinta Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema ha expresado en resolución de fecha 17 de mayo del 2024 (Casación N°26051-2019-Del Santa y siguientes) que, ante la existencia de controversias idénticas en procesos individuales, resulta posible la aplicación de la motivación en serie, emitiendo una sola resolución suprema que ordene el decisorio y haga extensivos sus efectos a los casos similares evaluados e identificados en enumeración correlativa. Siguiendo esos lineamientos, resolvió en un solo acto y con la misma motivación, 90 casos referidos al tema del Fondo Nacional de Ahorro Público (Fonahpu).

¿Qué es una sentencia fuente?

Por su parte, la Primera Sala Constitucional y Social Transitoria, dando eficacia a las reglas de la motivación en serie, ha seguido el camino del diseño de sentencias fuentes y elaboración de posteriores sentencias derivadas.

Una sentencia fuente es una ejecutoria que tiene en cuenta la jurisprudencia uniforme, señala qué es lo que constituye la doctrina jurisprudencial, establece reglas directivas que vinculan a la Sala Suprema y contiene motivación suficiente que puede ser utilizada para resolver casos similares (sentencias derivadas).

Implica, por lo tanto, en principio, un trabajo de sistematización de las sentencias sobre determinados temas específicos, con especial referencia a lo reiterado de la motivación y de las decisiones en estos asuntos. En buena cuenta, lo que hace una sentencia fuente es señalar qué constituye doctrina jurisprudencial, entendida esta como la uniformidad de decisiones adoptadas por la Sala Suprema en materias específicas, cuya reiteración otorga a los fundamentos expuestos carácter vinculante, de conformidad con el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tal doctrina es la que constituye la fuerza argumentativa de la que se van a derivar otras decisiones, pues con ellas se establecen reglas directivas que son las que asumirán la Sala Suprema y las que el ciudadano y los abogados deberán considerar al momento de presentar su recurso de casación. Sobre la base de ellas se calificará el recurso, de forma tal que si el recurrente no presenta argumentos suficientes para modificar el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecido, el recurso será declarado improcedente, conforme a lo dispuesto en el artículo 393°.2.b del Código Procesal Civil. La misma regla regirá –aunque aquí ya con pronunciamiento de fondo– si se ha superado la etapa de calificación.

Pero la sentencia fuente no es mera sistematización de ejecutorias anteriores, importa además el desarrollo de la motivación adecuada y suficiente que respalde las decisiones que se han tomado o se van a tomar. En este punto, es que la sentencia fuente se anuda con la motivación en serie porque ella genera sentencias derivadas.

Sentencia fuente y sentencias derivadas forman una sola unidad. No es posible entender la una sin la otra. Con la primera se establecen las bases jurídicas para la toma de futuras decisiones; con las segundas, lo que se logra, teniendo como respaldo la sentencia fuente, es encauzar la labor de la Corte Suprema, enunciar y respetar la doctrina jurisprudencial y darle mayor eficiencia al trabajo de las salas supremas.

Cuatro sentencias fuentes

Siguiendo estos lineamientos se elaboró la sentencia fuente N° 1 (Casación N° 55355-2022-Huaura, Primera Sala Constitucional y Social Transitoria). Allí, precisándose el procedimiento a seguir, se dijo que la motivación en serie se efectúa cuando de manera concurrente: “(I) el tema en controversia sea análogo al que se plantea en otros casos; (II) haya criterio uniforme establecido sobre el referido asunto; y (III) en ningún caso se afecte el debido proceso”, que la “sentencia fuente contiene motivación específica sobre uno o diversos supuestos referidos al tema en controversia”, y que para el uso de esta técnica procesal debía identificarse la materia recurrentemente debatida y la existencia de decisiones uniformes.

jurídica | DIRECTOR (e): **Félix Alberto Paz Quiroz** | Subdirector: **Omar Swayne Recuenco** | Editora: **María Avalos Cisneros** (mavalos@editoraperu.com.pe)
Coordinador: **Paul Herrera Guerra** | Jefe de Diagramación: **Julio Rivadeneyra Usurín** | Teléfono: **315-0400 (2016)**

Las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de los autores.
Sugerencias y comentarios: mavalos@editoraperu.com.pe

Jurídica es una publicación de El Peruano
2008 © Todos los derechos reservados

Además, se precisó: (i) que la sentencia "fuente" se enlazaba a la plataforma informática del Poder Judicial para generar un código QR que permitiera a las partes y a cualquier ciudadano tener acceso de manera inmediata al texto de dicha resolución, y (ii) que en las sentencias "derivadas", sin necesidad de repetir la motivación de la sentencia "fuente", se hacía referencia brevemente a los fundamentos de esta y a la analogía existente en ambos casos.

La Primera Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, ha emitido hasta la fecha 4 sentencias fuentes. La primera de ellas (Casación N° 55355-2022-Huaura) aborda el tema de la bonificación especial para profesores, regulada en el artículo 48° de la Ley 24029.

La segunda sentencia fuente (Casación N° 52028-2022-Junin) aborda los casos derivados de la aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 00020-2015-PI/TC, referidos a los procedimientos seguidos por la Contraloría General de la República.

La tercera sentencia fuente (Casación N° 766-2023-Cajamarca) sistematiza la jurisprudencia uniforme de la Sala Suprema sobre los casos que se derivan de la Ley N° 24041 sobre protección del servidor público contratado contra el cese o la destitución y formula 14 reglas directivas para los casos de despido.

Finalmente, la cuarta sentencia fuente (Casación N° 56871-2022-San Martin) alude al tema de la bonificación diferencial del artículo 184 de la Ley N° 25303 .

La misión de la Corte Suprema

Las instituciones tienen un fin: reducir incertidumbres; cuando las reglas de juego no son claras, los costos aumentan, las instituciones se pervierten, el sistema se resquebraja, el cambio institucional no opera.

Una forma procesal de reducir incertidumbre es la de promover una Corte de Precedentes, cuyo prestigio y eficacia dependan, entre otras circunstancias, de que se proporcionen pautas directivas claras y se emitan decisiones uniformes.

La motivación en serie y las sentencias fuentes y derivadas muestran el camino a seguir, no solo por las salas supremas, sino también por cualquier órgano jurisdiccional (en la línea que se responde de la misma manera a un conjunto similar de procesos), pero también informa sobre la clara intención del órgano vértice del aparato jurisdiccional para lograr la unidad del Derecho, mediante decisiones judiciales que se hacen predecibles y permiten la igualdad en la aplicación de la ley.

EL ROL DEL DOLO EN LA NUEVA LEGISLACIÓN

Lavado de activos en Perú

Los próximos pronunciamientos en los denominados "juicios emblemáticos" serán claves para marcar la pauta respecto del "dolo", por nuestros tribunales.

RAÚL **ARTICA TABOADA**

ASOCIADO DEL ESTUDIO REBAZA, ALCÁZAR & DE LAS CASAS. ESTUDIOS DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL. ADJUNTO DE DOCENCIA - PUCP.

Los casos con mayor trascendencia –en materia penal– del último siglo están llegando a su etapa estelar, esto es, el juicio oral. Para ello, de los múltiples delitos por discutir, es el lavado de activos aquel que mayor discusión académica genera y, desde mi punto de vista, el que mayor incidencia hacia el futuro tiene.

Al respecto, en las próximas líneas pretendo abocarme específicamente al plano "subjetivo" del delito de lavado de activos en el Perú, cuya incidencia será clave para dilucidar los casos de alta complejidad.

Como antecedente histórico se tiene que mediante la Ley N° 27765, el tratamiento doloso en lavado de activos se generaba con la fórmula legislativa "podía presumir", siendo este el primer antecedente sobre la materia.

En la actualidad se varió tal supuesto a "debía presumir", por lo tanto, entendemos que nuestro legislador estableció una "obligación general" al ciudadano, la cual no sería otra cosa que un "deber" de presumir tanto la licitud como la ilicitud de aquellos bienes que este recibe.

Por ende, la imputación por "dolo eventual" se basa en el deber de cuidado del agente en advertir las circunstancias objetivas o, dicho de otro modo, en aquellas actividades en las que participa directa o indirectamente y que son generadas con dinero proveniente de presuntas conductas delictivas.

En vista de lo anterior, la fórmula legislativa "debía presumir" trae consigo el reproche frente a todo agente que cuenta con un deber, pero que no ostenta una total convicción de estar frente a bienes o dinero proveniente de activos ilícitos, por lo que, si bien no conocía, debía conocer o presumir el origen ilícito de los activos.

Sobre esto último, el Acuerdo Plenario N° 3-2010 mencin en su fundamento jurídico 10 que el delito de lavado de activos resulta siendo doloso. Sin embargo, resaltamos que es la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017 que confirmó y amplió la posición asumida en el Acuerdo Plenario anteriormente descrito, toda vez que señaló que el delito de lavado de activos puede ser atribuido bajo "dolo directo" o "dolo eventual" y, a su vez, se concluyó la "no necesidad del conocimiento preciso o detallado de los activos en cuestión", ya que es suficiente saber que la actividad es inusual para que el Derecho Penal actúe.

No obstante, pese a todo lo antes señalado, una controversia que vale la pena pronunciarnos radica en si cabe la posibilidad de que la fórmula legislativa "debía presumir" pueda enmarcarse a título "imprudente" o, como mayoritariamente se ha planteado, a nivel doloso.

Un primer argumento por el cual considero que el delito de lavado de activos es eminentemente doloso está ubicado en nuestro Código Penal, cuyo artículo 12° refiere que únicamente será punible por culpa "en los casos expresamente establecidos por la ley".

En nuestra opinión, de la redacción del tipo penal de lavado de activos y, partiendo del estricto cumplimiento del principio de legalidad, consideramos que su tipificación car0ece de algún supuesto culposo, por lo que actualmente no sería plausible la aplicación de lavado de activos en la modalidad culposa.

Un segundo argumento se enmarca en lo señalado por nuestra Corte Suprema, para lo cual cabe recordar que, al igual que lavado de activos, el delito de receptación cuenta con la misma fórmula legislativa de "debía presumir", por lo que en la Casación N° 186-2017/Ucayali se estableció que el elemento subjetivo "debía presumir" resulta siendo una descripción eminentemente dolosa, esto es, que, atendiendo a su redacción legal, requiere de un análisis subjetivo por medio del dolo directo o dolo eventual.

Asimismo, nuestra Corte Suprema ha reiterado en el R.N. N° 2868-2017/Lima, así como en el R.N. N° 2780-2017/Lima, entre muchos otros pronunciamientos, que en el plano subjetivo del delito de lavado de activos únicamente prima la imputación a título de dolo directo o dolo eventual.

Pese a lo narrado hasta aquí, no todo resulta siendo color de rosa en el plano subjetivo, puesto que, si bien hemos señalado que el delito de lavado de activos en el Perú únicamente puede ser imputable a título doloso, un gran cuestionamiento que marcará la pauta para resolver los casos emblemáticos a los que inicialmente hicimos referencia está en responder lo siguiente: ¿Qué se entiende por "dolo"?

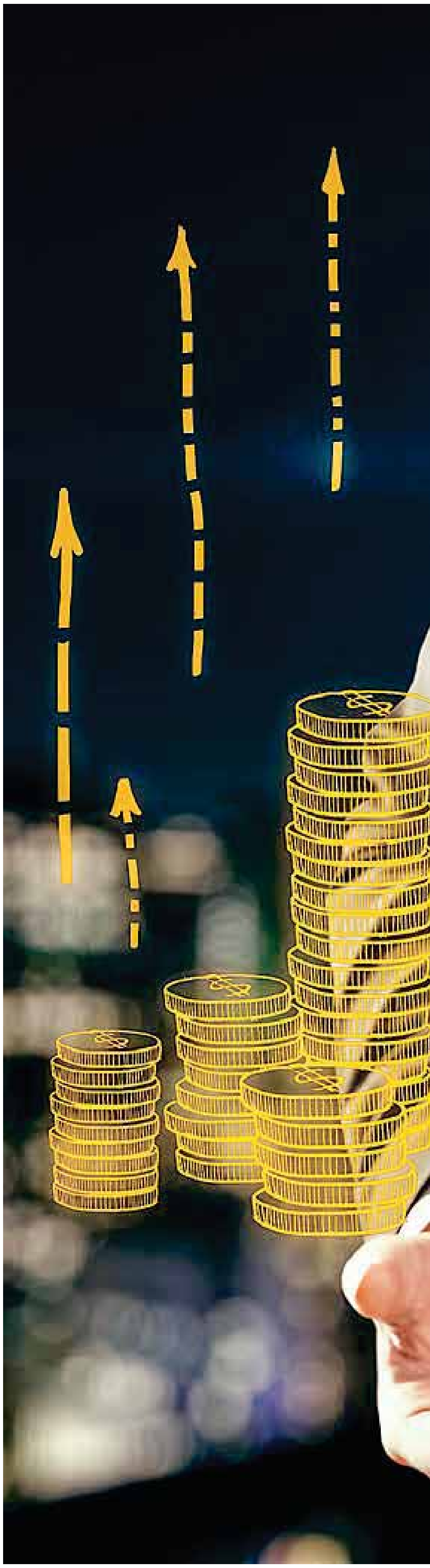
Frente a tal interrogante, consideramos que la posición asumida por la Corte Suprema lamentablemente se viene desdibujando "en función del delito a juzgar", puesto que, hemos detectado que cuando se está frente a supuestos de clásicos delitos de sangre, la valoración en torno al dolo se limita a un análisis del elemento volitivo como un aspecto necesario; sin embargo, distinta es la cuestión cuando se tiene en frente delitos de distinta estructura, tales como tráfico de drogas, lavado de activos, entre otros, siendo que en este tipo de supuestos el análisis suele ser encuadrado en un análisis cognitivo del dolo, teniendo solo al "conocimiento" como aspecto central de la imputación a título de dolo.

En consecuencia, pese a lo clásico que resulta siendo la discusión planteada, consideramos que los próximos pronunciamientos en los denominados "juicios emblemáticos" serán claves para marcar la pauta respecto a lo que entienden por "dolo" nuestros tribunales.

EMPRESAS FINANCIERAS

Factoring en Perú: diferencias clave en regulación y libertad

Este instrumento financiero permite a empresas especializadas adelantar fondos y gestionar cobros, regulado por la Ley General del Sistema Financiero para las empresas supervisadas por la SBS. Las que están fuera de esta norma tienen menos regulación y deben inscribirse en un registro, sin una prohibición explícita para realizar mutuos de dinero, lo que se les otorgaría mayor libertad.



El factoring es una operación de financiamiento por medio de la cual un agente especializado llamado factor adquiere todos, una porción o una categoría de créditos que la otra parte, llamada factorado o cliente, tiene frente a sus proveedores o clientes (deudores). Con base en ello, el factor adelanta el importe de dichos créditos (1), se encarga del cobro de ellos y, si así se pacta, asume el riesgo de la posible insolvencia de los deudores. El factorado cede al factor (que generalmente es una entidad financiera) los créditos de plazo no vencido que tiene frente a sus clientes o proveedores. Estos créditos resultan de operaciones habituales efectuadas por el factorado, pendientes de vencimiento. El factor, sobre la base de la adquisición de los créditos del factorado, adelanta los importes respectivos, sea de inmediato o al vencimiento de tales créditos, sea asumiendo los riesgos de la cobranza o no.

MARTÍN **ZECENARRO**

ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS. DIRECTOR GENERAL EN MZABOGADOS

De acuerdo con la legislación peruana, el factoring es una actividad especializada cuyo desarrollo está comprendido dentro del marco legal que regula al denominado sistema financiero nacional. El artículo 282° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (LGSFSAFP), al definir los diferentes tipos de empresas bajo su regulación señala que las empresas de factoring comprendidas en el ámbito de la ley son aquellas "cuya especialidad consiste en la adquisición de facturas negociables, facturas conformadas, títulos valores representativos de deuda y, en general, cualquier valor mobiliario representativo de deuda y que cumplan con los criterios mínimos establecidos por la superintendencia en cuanto a volumen de las operaciones antes mencionadas y/o respecto al riesgo que estas empresas puedan representar para la estabilidad del sistema financiero".

Como se aprecia, la definición legal de empresas de factoring comprendidas en el ámbito de la LGSSFAFP destaca que el propósito de la supervisión a que estas están sometidas incide en la vigilancia del volumen de sus operaciones y en el riesgo que estas empresas –por sus actividades, evidentemente– pueden representar para la estabilidad del sistema financiero, en tanto que las operaciones que realizan son propiamente operaciones de financiamiento.

El Reglamento de Factoring, Descuento y Empresas de Factoring (el Reglamento), aprobado por Resolución SBS Nº 4358-2015, contiene disposiciones operativas para la prestación de los servicios de factoring. Regula lo que se conoce como factoring con recurso a lo que llama propiamente "factoring" (2) y "factoring sin recurso" a lo que llama operaciones de descuento" (3). Fija las condiciones de las operaciones, define las obligaciones y prerrogativas de las empresas que los prestan y de los factores y o descontantes, características de los instrumentos sobre los que pueden recaer las operaciones, contenido de los contratos.

También regula las condiciones para el establecimiento y existencia legal que deben cumplir las empresas de factoring bajo regulación de la LGSFSAFP y otros aspectos relacionados con la supervisión a la que están sometidas.

Otro aspecto es que reconoce la existencia y legítima operación de empresas que desarrollando operaciones de factoring no se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de la LGSFSAFP ni tampoco bajo supervisión directa de la SBS. A estas empresas el reglamento les denomina "empresas de factoring no comprendidas en el ámbito de la Ley General" (4) y son las empresas que no cumplen con las condiciones del artículo 13° del reglamento (5) ni están dentro del alcance del inciso 8 del artículo 282° de la LGSFSAFP (6).

El reglamento prevé para las empresas de factoring no comprendidas en el ámbito de la LGSFSAFP su inscripción en el Registro de empresas de factoring no comprendidas en el ámbito de la LGSFSAFP habilitado para tal efecto por la SBS.

Con ello se marca una importante diferencia entre la distinta intensidad con que la supervisión de la SBS y la regulación de las normas del sistema financiero nacional recaen sobre las empresas comprendidas en el ámbito de la LGSFSAFP y sobre las empresas no comprendidas.

Respecto a las empresas de factoring comprendidas en los alcances de la ley recae una intensa regulación sobre su constitución, existencia, operatividad, sometimiento a supervisión, etcétera (7); en tanto que las empresas de factoring no comprendidas dentro de los alcances de la ley deben anotarse en un registro y reportar periódicamente cierta información sobre sus resultados (8).

CONSIDERACIONES

Al estructurar el modelo de operación para la concesión podrán tener en cuenta algunas de las siguientes consideraciones:

• Fondear los créditos con recursos propios. De este modo se disminuye el riesgo de ser requeridos a justificar que no se está incurriendo en captación de fondos.

• Vigilar el volumen de las colocaciones de modo que no se incrementa el riesgo crediticio.

• Establecer programas de compliance enmarcados en las políticas generales de compliance de la compañía para el resto de sus actividades, de modo que se maneje uniformementes situaciones tales como la disponibilidad de contratos y demás herramientas y formatos legales, implementación de políticas de prevención de LAFT, protección de datos, etcétera.

• Establecer parámetros eficaces de calificación crediticia.

• Considerar la compensación de saldos deudores con los montos de futuros financiamientos de factoring.

El factoring es una actividad especializada cuyo desarrollo está comprendido en el marco legal que regula al denominado sistema financiero nacional.

Ni el reglamento ni ninguna otra norma legal o norma operativa, directiva o circular de la SBS u otro organismo con competencia para dictar normas reglamentarias de carácter general que hayamos tenido a la vista establece expresamente o regula la posibilidad que las empresas de factoring no comprendidas bajo los alcances de la LGSFSAFP pueden realizar, de manera recurrente y como parte de su oferta comercial, operaciones de financiamiento distintas a las operaciones de factoring descritas en el reglamento (factoring y descuento de instrumentos crediticios), mutuos de dinero, por ejemplo. Y tampoco existe norma legal que lo prohíba expresamente.

¿La ausencia de norma expresa prohibitiva es suficiente para establecer que la concesión de créditos mediante mutuos de dinero es una actividad legalmente posible para estas empresas? En nuestra opinión sí, aunque no se deben dejar de lado ciertas consideraciones relativas a un eventual nivel de vigilancia por parte de las entidades conformantes del sistema financiero nacional sobre la base de competencias genéricas de supervisión del sistema de crédito o de intereses colectivos comunitarios de ahorristas o de prevención de situaciones de riesgo del sistema crediticio.

Hemos establecido que las empresas que ofrecen servicios de financiamiento mediante operaciones de factoring enfrentan distintos niveles de supervisión y regulación según estén o no dentro de los alcances de la LGSFSAFP. Las empresas que sí están sometidas a dicha ley enfrentan una regulación intensa y las que no están bajo ese ámbito desarrollan sus actividades en un entorno de mayor libertad empresarial conforme marco constitucional económico.

Como desarrollaremos más adelante, el marco constitucional peruano garantiza la libertad económica con ciertos límites muy específicos. Incluso en el ámbito de los derechos civiles, la Constitución también garantiza un marco de libertad individual al consagrar que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (9).

A diferencia de las empresas de factoring comprendidas en el ámbito de la LGSFSAFP que deben someter sus instrumentos de constitución a la previa aprobación para su supervisión; las empresas no sometidas deciden el alcance de sus actividades al determinar su objeto social y podrán realizar las actividades que prevean para su objeto sobre la base de su propia decisión a menos que entren en conflicto directo con alguna prohibición legal expresa o implícita.

Al no existir una prohibición expresa que impida a una "empresa de factoring no comprendida en el ámbito de la Ley General" establecer un objeto social con cierta amplitud de operaciones, entendemos que no sería violatorio de la regulación el que una sociedad de este tipo conceda mutuos dinerarios como parte de sus actividades comerciales recurrentes.

Este enfoque de amplia libertad, sin embargo, no es absoluto como desarrollaremos a continuación.

Actividades empresariales

La Constitución Política del Perú define el régimen económico de la nación. La definición del tipo de régimen económico propuesto por la norma constitucional es de vital importancia para identificar el margen de libertad de los agentes económico y el desarrollo de sus actividades económicas. Es decir, si van a gozar de gran libertad para determinar el contenido de sus relaciones económicas o contractuales y el nivel de beneficio a obtener de estas o si, por el contrario, será el Estado el que determine ese contenido predisponiendo el decurso de la economía constriñendo o limitando el ejercicio de la libre actividad económica.

En cualquier caso, se debe tener en cuenta que la definición constitucional es

de tipo orientador y existe, en adición al mandato constitucional en materia económica, un conjunto de normas infraconstitucionales que delinean y especifican el contenido del mandato constitucional en esa materia. A este conjunto de normas constitucionales e infraconstitucionales que definen el alcance conceptual, organizativo y operativo de régimen económico se denomina Constitución económica.

El artículo 58° de la Constitución es el que caracteriza y define el tipo de régimen bajo el cual los privados y las instituciones públicas deben regir su actividad económica. Según la indicada norma: "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

Una primera interpretación, aunque parcial de esta norma, llevaría a plantear una absoluta libertad para los agentes económicos en el desarrollo de sus actividades económicas, que llevaría a suponer la inexistencia de límites para el desarrollo de actividades económicas, incluso si estas pusiesen en riesgo otros valores sociales (como la preservación del medioambiente, por ejemplo) o intereses colectivos sociales (por ejemplo, limitaciones de responsabilidad por productos o servicios defectuosos o situaciones de abuso de poder económico).

Con este enfoque, parcial reiteramos, sería impensable una limitación a las actividades económicas como las indicadas. En un marco constitucional de absoluta libertad económica no cabría limitar en lo más mínimo la prerrogativa de un agente económico de desarrollar una iniciativa empresarial basada en la concesión de créditos bajo operaciones de mutuo dinerario o cualquier otra modalidad de financiamiento. Ni limitar, regular o supervisar; mucho menos prohibir.

Pero esa no ha sido la opción adoptada por el marco constitucional. En el modelo peruano, el libre mercado se ve limitado por el cariz "social" del denominado régimen de economía social de mercado, en que el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios e infraestructura.

En el régimen constitucional peruano, entonces, si bien hay una consagración expresa de libertad económica y de ahí derivan principios orientadores expresados en mandatos de conducta que consagran la libertad de empresa, la libertad de comercio o la libre determinación del contenido contractual; dicha consagración no es irrestricta ni libérrima, sino que reconoce límites específicos. El propósito de estos límites es que la libertad, la creación y el mantenimiento de la riqueza se subordine al fin social de la misma buscando que la iniciativa privada tienda, más bien, a generar o expandir bienestar general o beneficios comunitarios. Con este régimen, el papel de los privados es propiciar sus propias fuentes de desarrollo económico o generación de riqueza, y al Estado le compete un papel vigilante y orientador de ese desarrollo.

Con el régimen de una economía social de mercado establecido en la Constitución de 1993, el Estado orienta el desarrollo del país; actúa en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho, por lo que debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores orientados hacia la justicia y libertad; se caracteriza fundamentalmente por la búsqueda del bienestar social, la defensa de la libre competencia y un rol solidario y subsidiario del Estado (10).

Los aspectos financieros, tanto públicos como privados, de la actividad económica son también de especial preocupación para el ordenamiento constitucional peruanos. Así, existen normas orientadoras constitucionales y normas que bajo el espíritu de economía social de mercado configuran un marco regulatorio financiero.

Regulación financiera

El sistema regulatorio peruano en materia financiera está compuesto por un conjunto de normas y entidades que con vocación sistémica buscan, dentro de sus respectivos ámbitos de actuación, la preservación de los valores económicos y sociales definidos por la Constitución como esenciales en el desarrollo de actividades económicas, financieras, bancarias, monetarias, de garantías y seguridades para el ahorro, entre otras, en tanto el buen funcionamiento de la economía en estos aspectos es esencial para el desarrollo social y humano de las personas.

Estas entidades administran dos grupos o "sistemas financieros": el sistema financiero de intermediación directa y el sistema financiero de intermediación indirecta. En ambos sistemas los agentes deficitarios (aquellos que requieren de capital) obtienen los recursos que necesitan para el desarrollo de sus actividades. Por la intermediación directa, los agentes deficitarios recurrirán a los ofertantes de capital, mediante la emisión de valores mobiliarios, sin necesidad de la intervención de un tercero (una empresa financiera). Por su parte, la intermediación indirecta se producirá gracias a la presencia de un intermediario quien captará los recursos del público para colocarlos en forma de préstamos, cobrándole al prestatario una tasa de interés. De este modo, el agente deficitario y el ofertante de capital se vinculan indirectamente mediante una empresa financiera que ganará el diferencial o spread bancario por su participación.

Interesa particularmente a este comentario el interés general de la regulación financiera enfocada con base en la protección del ahorro, en el marco de operaciones de

---

(1) Factorig con financiamiento.
(2) "… factoring es la operación mediante la cual el factor adquiere, a título oneroso, de una persona, denominada cliente, instrumentos de contenido crediticio, prestando en algunos casos servicios adicionales a cambio de una retribución. El factor asume el riesgo crediticio de los deudores de los instrumentos adquiridos, en adelante deudores" (artículo 2° del reglamento).
(3) " … descuento es la operación mediante la cual el descontante entrega una suma de dinero a una persona denominada cliente por la transferencia de determinados instrumentos de contenido crediticio. El descontante asume el riesgo crediticio del cliente, y este a su vez el riesgo crediticio del deudor de los instrumentos transferidos" (artículo 11° del reglamento).
(4) Se refiere a la LGSFSAFP.
(5) Artículo 13°.- Objeto social y supervisión de la superintendencia
[…]
Las empresas de factoring comprendidas en el ámbito de la Ley General son aquellas empresas de factoring que cumplan con cualquiera de las siguientes condiciones:
a) El saldo contable de operaciones de factoring y/o descuento como persona jurídica individual o en forma consolidada como grupo de personas jurídicas que pertenecen a un grupo económico supera el importe de ochocientos millones de nuevos soles (S/ 800'000,000) durante dos trimestres consecutivos o su equivalente en moneda extranjera, para lo cual deberá emplearse el tipo de cambio contable de cierre de cada trimestre, o
b) Pertenece a un conglomerado financiero o mixto, que esté conformado por al menos una empresa comprendida en el artículo 16 de la Ley General
(6) Artículo 282°.- Definiciones.
[…]
8. Empresas de factoring comprendidas en el ámbito de esta ley, cuya especialidad consiste en la adquisición de facturas negociables, facturas conformadas, títulos valores representativos de deuda y, en general, cualquier valor mobiliario representativo de deuda y que cumplan con los criterios mínimos establecidos por la superintendencia en cuanto a volumen de las operaciones antes mencionadas y/o respecto al riesgo que estas empresas puedan representar para la estabilidad del sistema financiero.
(7) Artículo 17°.- Administración del riesgo crediticio
Son aplicables a las empresas de factoring comprendidas en el ámbito de la Ley General las normas emitidas por la superintendencia para la gestión del riesgo crediticio (Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones, aprobado por la Resolución SBS Nº 11356-2008 y sus normas modificatorias, entre otras), para la gestión del riesgo cambiario crediticio, para la gestión del riesgo país, para la gestión del riesgo de sobreendeudamiento de deudores minoristas, así como para el tratamiento y provisiones de los bienes adjudicados.
Artículo 18°.- Contratos de financiamiento con garantía de cartera crediticia
Es aplicable a las empresas de factoring comprendidas en el ámbito de la Ley General el Reglamento de los Contratos de Financiamiento con Garantía de Cartera Crediticia, aprobado por la Resolución SBS Nº 1027-2001 y sus normas modificatorias.
Artículo 19°.- Operaciones con personas vinculadas
Es aplicable a las empresas de factoring comprendidas en el ámbito de la Ley General las Normas Prudenciales para las Operaciones con Personas Vinculadas a las Empresas del Sistema Financiero, aprobadas por la Resolución SBS Nº 472-2006.
Artículo 20°.- Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo
En materia de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, a las empresas de factoring comprendidas en el ámbito de la Ley General, les será de aplicación el Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo aprobado por la Resolución SBS Nº 2660-2015.
Artículo 21°.- Otra normativa aplicable
Las disposiciones contenidas en la Ley General referidas a las empresas del sistema financiero son de aplicación a las empresas de factoring comprendidas en el ámbito de la Ley General, en lo que resulte pertinente.
Las empresas de factoring comprendidas en el ámbito de la Ley General se encuentran sujetas, en lo que resulte pertinente, a toda norma o disposición emitida por la superintendencia que contemple en su alcance a las empresas de factoring; o que haga referencia en su alcance o que resulte aplicable a las empresas del sistema financiero, a las empresas comprendidas en el artículo 16 de la Ley General o las empresas especializadas comprendidas en el literal B del artículo 16 de la misma Ley.
(8) Artículo 28°.- Obligación de los registrados
Las empresas de factoring inscritas en el Registro deben cumplir con la entrega de la siguiente información en los plazos indicados:
a. Entrega trimestral, en marzo, junio, setiembre y diciembre, del formato referido al saldo contable de operaciones de factoring y/o descuento señalado en el Anexo A del presente reglamento, en los 15 días calendario siguientes al cierre del trimestre, suscrito por el representante legal de la empresa. El Anexo A se publica en el portal institucional (www.sbs.gob.pe), conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo Nº 001-2009-JUS.
b. Entrega semestral, en junio y diciembre, de los estados financieros, en los 30 días calendario siguientes al cierre del semestre.
c. Entrega trimestral, en marzo, junio, setiembre y diciembre, junto con la documentación señalada en el literal a, de carta en la que informen sobre los cambios producidos en dicho período en la propiedad de la empresa por un importe superior al 3%.
[..]
(9) Constitución Política
Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:
[…]
24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:
a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
(10) Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 008-2013-AI/TC.

intermediación indirecta, pues es dicha protección la que inspira la imposición de limitaciones, control o supervisión según sea el caso a las operaciones de crédito en su afán por proteger el interés del sistema general de crédito y el interés particular de los ahorristas.

Las operaciones de intermediación indirecta son las típicas operaciones bancarias que implican la captación de fondos de un número indeterminado de ahorristas para utilizar temporalmente esos fondos en operaciones de financiamiento a terceros, con el consiguiente riesgo crediticio y exposición de los fondos captados provenientes de los ahorristas o depositantes.

Es este tipo de riesgo introducido por operaciones indirectas en las que media la captación de fondos las que justifican la regulación financiera y las competencias de las entidades supervisoras y reguladoras en esta materia.

Concesión de créditos directos como servicio suplementario de las operaciones de factoring

Este comentario trata de responder la pregunta: ¿Es legalmente posible para una empresa de factoring no comprendida en el ámbito de la Ley General conceder financiamiento a sus clientes recurrentes de operaciones de factoring o no recurrentes?

Ya hemos expuesto que, en nuestra opinión, efectivamente una empresa de factoring no comprendida en el ámbito de la Ley general está en posibilidad legal de cumplir su objeto social con un programa de créditos directos a sus clientes.

En nuestra opinión, la concesión de estos créditos y su incorporación al portafolio de operaciones comerciales de la sociedad no afectaría las condiciones o nivel de supervisión que ahora recae sobe la empresa (la obligación de mantener su inscripción como empresa de factoring no comprendida en los alcances de la LGSFSAFP o de reporte periódico conforme al artículo 28° del Reglamento).

No obstante conviene tener presente que, como hemos indicado precedentemente, la propia definición de "empresas de factoring" contenida en el numeral 8 del artículo 282° de la LGSFSAFP ha puesto de relieve que el fin de la regulación de este tipo de actividades a cargo del supervisor de operaciones de intermediación indirecta (la SBS) es precisamente el eventual volumen de las operaciones y el riesgo que esta empresas (por sus operaciones) puedan representar para la estabilidad del sistema financiero. Así, en tanto las operaciones de crédito que se otorguen y su recuperación se mantenga en volúmenes y condiciones que no rompan el equilibrio de las medidas de manejo de riesgo que se adopten, no se justificará algún requerimiento o intervención del supervisor.

ASPECTOS RELEVANTES DEL FACTORING

Financiamiento: beneficio, riesgo y delito

Herramienta de financiamiento y negocio con proyección de crecimiento, en el que intervienen un cedente, un deudor y un factor o entidad financiera.

ROBERTO **NORIEGA**

ASOCIADO DEL ÁREA PENAL DE LINARES ABOGADOS

El factoring econstituye una importante herramienta de financiamiento y uno de los negocios con más proyección de crecimiento en el país. El monto negociado por factoring alcanzó el año pasado 37, 979 millones de dólares, lo equivalente a 10,000 millones de dólares. De acuerdo con Cavali, el Registro de Central de Valores y Liquidaciones llegaría en los siguientes cuatro años a negociar 20 millones de dlres anuales.

Si bien el factoring está resultando ser un mecanismo incluso de supervivencia para millones de empresas con necesidad de liquidez y dificultades para acceder a fuentes de financiamiento tradicionales, también representa una vía para la comisión de delitos como consecuencia de una inadecuada gestión de riesgos al momento de materializar la operación como tal.

En la operación de factoring intervienen tres actores: a) el cedente, la empresa proveedora que solicita el servicio de factoring y la encargada de adelantar las facturas por cobrar; b) el deudor, quien viene a ser el cliente de la empresa proveedora y quien debe pagar las facturas y c) el factor o la entidad financiera que ofrece el servicio de factoring; puede ser un banco, una financiera o una empresa dedicada únicamente a este tipo de negocio.

La estructura del factoring viene siendo aprovechada para la realización de operaciones fraudulentas, en las que los autores del delito hacen partícipe tanto al deudor como al factor sin que estos lo sepan hasta consumado el hecho delictivo.

Así tenemos el caso en el que la empresa "x" (el cedente) ha emitido cinco facturas por 100,000 soles cada una a la empresa "y" (el deudor). Dado que las cinco facturas son al crédito a 120 días, el cedente ha decidido realizar una operación de factoring, procediendo a declarar las facturas a la Sunat, subirlas a la plataforma pertinente para que así el factor intervenga.

Resulta que las facturas de 'el cedente' son fraudulentas, pues han sido emitidas sin que exista relación comercial alguna con 'el deudor'. Pese a ello, el factor ha procedido con la operación de factoring y ha pagado al supuesto cedente el valor correspondiente por las cinco facturas, de casi 500,000 soles.

Para proceder con la operación, el factor necesitaba de la confirmación del deudor, la cual se da solo mediante el uso de la clave SOL de la empresa que, en este caso, fue utilizada por un trabajador de la misma, sin la autorización de los representantes. Ahora el deudor tiene una deuda de casi medio millón de soles con el factor por un servicio que nunca solicitó.

En el caso, la inadecuada gestión de riesgos viene por el deudor, al permitir que cualquier trabajador tenga acceso a la clave SOL de la compañía. Por otro lado, la inadecuada gestión es desplegada por el factor, quien solo con la validación de la existencia de las facturas procede con la operación, notificando al deudor en direcciones electrónicas no corporativas, que permiten inferir que no corresponden a la entidad a ser notificada y, pese a ello, continúa con la operación teniendo por cobrar una deuda inexistente.

Ante esto se iniciarán las denuncias penales por delitos como estafa, falsedad ideológica, falsedad genérica, coacción e, incluso, banda criminal. Estas investigaciones decantan, la mayor parte de las veces, en complejas, pues no es fácil entender aún las herramientas financieras como el factoring y que, como producto de una inadecuada gestión de riesgos, personas ajenas a la empresa o colaboradores de las mismas pueden aprovecharse de ellas causando perjuicios millonarios.

Una vez más, el riesgo en las empresas es itinerante, lo que hace necesario un constante proceso de mejora continua para poder identificarlo y mitigarlo adecuadamente. Hemos asumido la defensa de muchas compañías que, por falta de diligencia en la gestión de riesgos de terceros, se han visto involucradas en operaciones de factoring inexistentes, debiendo recurrir a acciones punitivas para salvaguardar sus derechos.

PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA

¿Es aplicable la licencia social en la minería peruana?

El término "licencia social" se utiliza para describir la aceptación comunitaria, pero carecería de valor jurídico, complicando la implementación de proyectos mineros en el contexto actual, advierte el autor en las siguientes líneas.

DIEGO
SAN MARTÍN VILLAVERDE

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO MINERO DE CARO & ASOCIADOS.

Al hablar de minería en el Perú, es común destacar nuestra fortuna geológica y señalar que somos uno de los países con la mayor cantidad de proyectos mineros, especialmente de cobre.

No obstante, así como tenemos una gran cantidad de proyectos en cartera, también los tenemos con años de atraso, como consecuencia de la burocracia, criminalidad y conflictividad.

Una de las noticias que han llamado la atención de los medios y de la sociedad es la comunicación de la empresa minera Southern Peru Copper Corporation, acerca del reinicio de operaciones del proyecto minero Tía María a partir del 1° de junio del 2024. Esta noticia trajo consigo reacciones diversas y conviene analizar si aquellas son jurídicamente adecuadas.

Es verdad que la empresa cuenta con certificación ambiental, así como que realizó las gestiones que la normativa establece para obtener la autorización de construcción de la mina en el 2019, la cual no ejerció inmediatamente debido al conflicto socioambiental que se instauró.

La certificación ambiental, que no es sino la aprobación del estudio de impacto ambiental (EIA) que corresponde al proyecto, está sujeto a las normas de participación ciudadana. Sin cumplir con lo antes señalado, lo cual está previsto en el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero (Decreto Supremo N° 028-2008-EM), simplemente no se hubiera otorgado un pronunciamiento favorable por parte de la administración pública. Por otro lado, la autorización de construcción le atañe al Ministerio de Energía y Minas para que la empresa construya todo aquello necesario para que una mina opere (es lo que se conoce como el "desarrollo") y no significa que entrará automáticamente en funcionamiento, ya que para ello se requerirá otro título habilitante (la autorización de funcionamiento de la mina).

Las críticas y atingencias a lo largo del tiempo se han concentrado en un término: "licencia social". Pero este no existe en el ordenamiento jurídico peruano. No es un título habilitante, no es una votación popular, no es responsabilidad social, no es una justificación para vetar una actividad, no es una avanzada social. No tiene valor jurídico en el Perú.

Sin perjuicio de ello, los argumentos que enfrentan la comunicación de la minera es que aún no contaría con "licencia social" y que, por tanto, aún no se habría resuelto el conflicto socioambiental (en efecto, según el Reporte Defensorial N° 243, actualizado a mayo del 2024, este sigue siendo un caso activo y figura en el detalle con un "no hay diálogo"). Por otro lado, la empresa sostiene que la puesta en marcha de la construcción obedece a que están "dadas las condiciones sociales y políticas en la provincia de Islay, la región y a nivel nacional".

Orígenes

De hecho, el término completo es "licencia social para operar" o SLO (Social License to Operate), utilizado por primera vez por Jim Cooney en el marco de una conferencia organizada por el Banco Mundial en 1997. Según Boutilier y otros (2012), se utilizó dicho término para comparar metafóricamente la habilidad de las comunidades para detener proyectos mineros con la de las autoridades gubernamentales.

Tal como expone Javier Donaire (2020): "la forma de abordar la obtención de la SLO lamentablemente está ligada a la 'fuerza' o influencia que tenga la comunidad, o las partes interesadas en la sociedad y también al nivel de vida que lleva la misma, en términos de acceso a educación e ingresos…".

Entonces, en la búsqueda de accesos justos atendiendo a la ausencia estatal, se torna hacia la empresa como medio para suplir esas carencias, que, reiteramos, es razonable. Lo que en ningún caso se debe interpretar es que la empresa podría suplantar la labor del Estado.

Seguridad jurídica

En aras del cumplimiento del ordenamiento jurídico, se entiende que si una persona natural o jurídica cumple con los requisitos, obligaciones, criterios y lineamientos según la ley para realizar una actividad determinada, que incluye asuntos sociales, éticos, ambientales, entre otros, no debería haber razón alguna para impedir tal actividad.

Esto es fundamentalmente la seguridad jurídica. Como bien decía el profesor Néstor Pedro Sagüés (1997): "La seguridad jurídica demanda la aptitud para prever comportamientos estatales y privados de modo bastante preciso, conforme a un derecho vigente, claro y estable, pero también que esas conductas pronosticables tengan una cuota mínima de razonabilidad, y que los riesgos eventuales de infracción sean bajos, como que, de haberlos, que sean convenientemente castigados e indemnizados".

Porque se trata de confiabilidad, de legalidad y de razonabilidad. ¿Estamos preparados para responder en mérito a ello?

Laura Francia (2019) nos explica que licencia social en nuestra región, hoy en día, es sinónimo de aprobación permanente o, cuando menos, amplia aceptación, por parte de una comunidad local y sus grupos de interés.

Así, desde la comprensión de la licencia social como un tema dirigido a generar confianza y construir reputación, hoy se entiende como una especie de herramienta que consigna aprobación consensuada de una sociedad determinada para permitir una labor, muy a pesar de contar con las habilitaciones que la ley dispone.

En síntesis, solicitar licencia social es jurídicamente inviable. Socialmente, es una cuestión superlativa que sugiere que el poder que ostenta la población estaría incluso por encima del Estado ¿y de la ley?

Si la invocación de esta figura es tan asidua por parte del Estado, comunidades, asociaciones, entre otros, a nuestros conflictos, controversias, negociaciones y demás, entonces regulémosla. Pongamos límites, descartemos y castiguemos la violencia venga de quien venga, pronostiquemos beneficios y amenazas, realicemos el análisis de calidad regulatoria, pero debemos ser enfáticos en sostener que no es pertinente someter a diferentes proyectos tomando como base un concepto jurídicamente indefinido en nuestro país; caso contrario, ¿cómo podríamos justificar la existencia de seguridad jurídica?